

国家賠償法1条における違法性と過失の関係

郭 越 涛

要 旨

根据过错责任原则,国家只对其有过错的行为的后果负赔偿责任。但是,国家侵权中侵权主体往往比较复杂,实践中常常会由于国家机关的过错难以确定致使受害者无法获得赔偿,不利于对公民合法权益进行有效保护。尽管如此,至今仍然有一些国家在国家赔偿制度中采取过错责任原则,这有其历史原因和这一制度自身的原因。国家赔偿责任经历了从个人责任到国家责任的过程。在官吏个人承担责任的时期,个人过错始终是国家赔偿的构成要件,在倡导国家赔偿责任应为国家自己责任的今天,还仍以公务员的主观过错为赔偿要件,将有碍于国家侵权赔偿制度的发展。本文着重研究日本国家赔偿法1条的过错责任原则,由主观过错到过错客观化的发展,以及与违法性的关系。同时对中国法的相关问题进行了探讨。

キーワード……過失責任主義 過失の客観化 過失と違法性の統合

はじめに

損害賠償請求権が成立するためには、一定の要件が存在しなければならない。日本の国家賠償法の中で、故意・過失が賠償要件として扱われているのに対し、中国の国家賠償法では、賠償責任の発生要件として故意・過失という主観的要件は必要とされておらず、単に違法のみで足りるとしている。これは、中国の国家賠償法を一瞥して直ちに明らかになる特徴である。行為者である公務員の主観的意図いかんにかかわらず賠償が支払われるべきであるから、被害者にとっては、合法的權益の保護、人權の尊重が確実に実現されるようになった。このような法律上の仕組みに対しては、高く評価することができる。しかし、公民等の權利利益が重視されているはずの日本では、国家賠償領域において、主観的要件が必要とされており、このことは、明らかに賠償問題の解決の困難をもたらし、被害者が賠償請求権を行使して、賠償を受けることの妨げになっている。中国法からすれば、理論上、裁判上の動向に関して興味深いものがある。

民法不法行為法における過失と違法性の統合

1 過失責任主義の歴史的意義

19世紀のブルジョアジーの民法理論は、個人の意思と行為の自由を強調する。特別な規定がない限り故意による行為のみを犯罪とする刑法とは異なり、民法は原則として故意と過失を区別せず、少なくとも「過失」があれば損害賠償責任を発生させることから、この原則は「過失責任主義」と呼ばれる。この原則により、行為者は過失のある行為によってもたらされた損害に対しては責任を負うが、合理的注意義務を尽くしたとすれば、たとえ他人に損害をもたらしても責任を免れる。人々が注意を尽くしさえすれば、大多数の損害を避けることができ、社会安全を守ることができると言われる。したがって、過失責任原則は19世紀民法の三大原則の一つになった。契約自由原則、私人所有権が制限されない原則と同じく、過失責任原則もブルジョアジーの政治経済の発展の必然的産物である。

19世紀以来、過失は不法行為法の基本的帰責原則になったため、過失に関する理論も発達してきた。その後の学説は、過失責任主義を採用したのは、個人の自由活動を保障するためだと説明している。例えば、我妻栄は、「個人の自由を指導原理とする近世の個人本位・権利本位の法律に於ては、不法行為制度は個人の自由活動の限界を劃する最少限度の制限と考へられる。各個人はその社会生活に於ける自由活動によって他人に損害を加へることがあっても、それは自由競争の必然の結果であって、法はみだりにこれを抑圧すべきではない。ただ、その活動・競争が他の個人の自由を侵害し共同生活そのものの存在を脅かす場合のみ、許されざる不法な行為としてその責任が問はれる。かかる思想の下に於ては、不法行為は行為者の主観に責むべきもの、即ち故意又は過失の存することと、他の個人の権利を侵害するか少くとも明瞭に法規に違反するものたることを要するとせられることになる」¹⁾と述べた。また、加藤一郎は、人々に過失のないように行動するよう注意を促すという形で、過失責任に損害発生防止の社会的機能がある点も指摘している²⁾。

2 過失責任主義の揺らぎ

過失責任主義が合理性を持ち、歴史的意義を有することは明らかである。しかし、今日の基本的人権を重視する社会において、加害者の主観的過失が証明できない場合には、被害者が救済を受けられないというのは、望ましいことではない。現代においては、公害、交通事故のように、加害者の過失の立証が極めて困難であることが少なくない。過失責任主義が合理性を持つための前提を揺るがし、過失責任主義を修正する必要性が出てくる。フランスにおいては、民法典自身は過失責任主義に立つが、裁判所は、民法1384条1項を活用して、労災、自動車事故

などの分野において、無生物責任の判例法を確立し、無過失責任としての無生物責任法理が展開されることになった³⁾。ドイツにおいては、無過失責任の形成という方向をとらずに、個々の特別の法律を立法して、事件類型ごとに、無過失責任を認めるといった方法をとった⁴⁾。

日本の場合、民法709条は、不法行為責任に関する最も基本的かつ原則的な規定である。同条の規定文言からも明らかとなっており、過失責任主義が採用されている。これによって、無過失の場合、あるいは過失が立証できない場合には、被害者は救済を受けられないことになる。しかし、これらの責任制約原理の貫徹は、被害者に不公平感をもたらす。近年では、判例や通説は、過失責任の枠内で、過失を伝統的理解に基づく加害行為者の心理状態という事実そのものとは異なったものと考えられるようになった。過失の客観化、過失の一応推定により被害者救済をはからざるをえない場面に直面することが少なくないのである。

各国の国家賠償制度は、多かれ少なかれ民法上の過失理論を参考にしてきた⁵⁾。日本の国家賠償法(国賠法)1条の帰責要件は、民法709条の民事不法行為責任とほぼ同じである。すなわち、違法な加害行為が公務員の故意または過失によってなされたことを要する。国賠法1条の故意・過失についても、民法と同じ定義が妥当する⁶⁾。国賠法は、一般に民法の特別法と理解されているので、1条の「違法性」や「故意過失」などの解釈に少なからず影響を及ぼす。こうした状況の下で、まず民法上の故意過失に関する学説を検討してみることにする。

(1) 伝統的過失の意味

伝統的な民法の不法行為法の体系的理論構築では、「権利侵害」ないし「違法性」が侵害行為の客観的側面を、「過失」が「故意」と同じようにその主観的側面を示す要件として捉えられてきた。民法709条は、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定している。他人の権利を侵したとしても、加害者に「故意又ハ過失」がなければ損害賠償責任は生じないとされているのである。森島昭夫によれば、民法典の起草者は、「殊更ニ目的ヲ心ニ持ツテ其目的ヲ成就サセヤウト思フテ或事ヲ為シタ」場合が故意だとしている⁷⁾。これは、不法行為の具体的様態としての故意である。また、「行為ノ基」としての「心の有様」とか、「意思ノ有様」といった表現がとられる。これは、責任の基礎としての故意である⁸⁾。このように、故意は責任の基礎においても行為態様においても、いずれも主観的な要件として捉えられている。学説においては、故意とは、結果発生を認識しながらあえてある行為をするという心理状態として定義されるのが一般的である⁹⁾。判例では、民事上の不法行為の損害賠償においては、従来、故意と過失の間で区別をしてこなかった。両者を区別する実益に乏しいとの理由から、判例において故意が正面から認定される事例は多くなかった¹⁰⁾。不法行為の場合、「故意または過失」が要件となるので、責任の成否にとって、両者を区別する意味は、原則として故意犯のみが処罰の対象となる刑法と異なり、厳密に論ずる実益はそれほど大きくない¹¹⁾。それ故、本稿では、故意についての検討を略し、過失に絞ることにする。

過失とは、一つの考え方によれば、不注意ないし意思の緊張の欠如という行為者の内心の心理状態における責められるべき状態であり、もう一つの考え方によれば、注意を欠いた行為の仕方をしたことという行為の態様、ないし、注意して行動すべき義務に反すること(注意義務違反)である¹²⁾。吉村良一によれば、民法典の起草者は、「不法行為ノ要素」としての過失主義の内容を示すものとして把握しており、「心ノ有様」、「意思ノ有様」といった表現がとられており、過失を心理状態として捉えているのに対して、他方では、「為スベキコトヲ為サヌトカ或ハ為シ得ベカラザル事ヲ為ストカ又ハ為スベキコトヲ為スニ当ツテ其方法ガ当ヲ得ナイ」といった場合が過失にあたりと述べられており、そこでは、過失は注意義務違反としてとらえられている、とのことである¹³⁾。このように、立法者においては、不法行為の要素・基礎としての過失と、具体的状態としての過失は、明らかに概念的に区別されている。ここに過失の捉え方においてさまざまな違いが生じる原因があり、多くの学説の対立を引き起こしているのである¹⁴⁾。

後の学説においては、ドイツ法の影響によって、過失を心理状態として捉える説が多数を占めるようになった¹⁵⁾。しかし、判例においては、必ずしもそうではなかった。むしろ、当該状況において行為者がとるべきであった注意義務の違反をもって過失とするものが多い¹⁶⁾。最近では、概念上は心理状態として過失を定義する通説に対して、過失を注意義務違反と捉える見解が有力になっている。代表的な学説を挙げれば、まず、前田達明は、「過失を心理状態という事実概念でなく、行為義務違反とすることによって規範的概念に変容させると、これは裁判官の裁量によって、義務を設定したりしなかったりできるし、また設定した義務の内容を裁判官が自己の裁量によって決定しうることになる。そして、各具体的な事件において、それぞれ行為義務を設定するという方法を通じて、適切な不法行為法的保護を与えるということが出来るわけである……」¹⁷⁾と説いている。また平井宜雄は、「過失とは、まず、損害の発生を回避すべき行為義務に反する行為として定式化されるべきである。次に、右行為義務違反を課すには、加害行為者が損害発生危険を予見しえたこと(予見可能性)が論理的前提となる」¹⁸⁾と述べている。このように過失の定義には、見解が分かれている¹⁹⁾。

(2) 過失の客観化

不法行為では、客観的、主観的という語が、多様な意味で用いられることに注意しなければならない。最も普通に用いられるのは、侵害された権利・利益、損害、因果関係など、事物的なものを指して「客観的」(要件)といい、故意・過失など人の行為にかかわるものを「主観的」(要件)という。ところが、右の意味では、主観的なものに属するところの過失が、さらに主観的過失、客観的過失に分けられる。主観的過失とは、侵害者が相応の(侵害者の注意能力相当の)注意を怠ったという意味の過失で、具体的過失ともいう。客観的過失とは、侵害者の立場にある者として職業・業務的、年齢的に、社会から期待されるところの(社会的信頼相応の)注意を怠ったという意味の過失で、抽象的過失ともいう²⁰⁾。過失を行為者の主観的な心理状態

ではなく、注意義務違反と捉えるようになることを「過失の客観化」と呼ぶことがある。これは、前に検討した過失の概念の変容から次第に導き出されたものである。したがって、過失は当然相応の具体的過失ではなく、客観的に期待される抽象的過失と理解されるようになるとともに、「予見可能性」という事実的定義は、やがて注意義務違反という規範的・評価的定義に移ってゆくのである²¹⁾。

ここでは、通説は、この注意義務の程度について、「法律が社会共同生活の一員として要求する程度の注意」²²⁾を設定することにより、不都合を解消しようとした。過失の客観化の一要因としては、「過失を行為者の内心的な心理状態であるとする、その内心的な態度は、立証が容易ではない。709条で、被害者が損害賠償請求をしようすると、原則として、その立証責任は、被害者が負うわけであり、したがって、被害者保護という、不法行為法の担う一つの理念からいうと、これは望ましいことではない。そこで、これを、立証の容易な客観的な行為可能性へ置き換えて、被害者保護をより容易にしようとする」²³⁾ことを挙げるができる。主観的過失の立証は、とりわけ現代的な事故の場合、必ずしも容易ではない。現実の訴訟において行為者の内心の心理状態を明らかにすることは不可能であり、心理状態における緊張の欠如を過失と捉えるとしても、そのことは、行為者のとった客観的な行為の態様から推し量るほかないという事情も無視できない²⁴⁾。

(3) 注意義務の再分類

過失の本質は注意義務の違反であると認識されている場合においては、注意義務をどのように理解するかという問題が出てくる。過失概念についてはいろいろな見解が展開されているが、結局のところ、過失は、ある結果の発生が予見可能であったにもかかわらずその結果の発生を防止すべき措置をとらなかったこと、いいかえれば予見可能な結果に対する回避義務に違反したこと、ということができよう²⁵⁾。具体的には、まず、違法な結果を予見すべき義務を怠ること（予見義務違反）であり、次に、予見した損害を回避するための適切な措置をとらないこと（結果回避＝損害防止義務違反）である。すなわち、注意義務は予見義務と回避義務を内包する。論理的には予見可能な結果に対して結果発生防止の注意義務があるとされているので、予見可能性の存在は注意義務の当然の前提となっている²⁶⁾。

予見と回避の二つの要素の関係をいかに捉えるかは、過失の構造をいかに理解するのかと関連し、大いに議論の存するところである。学説は、予見可能性があれば過失があるという見解²⁷⁾、回避可能性を過失の本質とみる見解²⁸⁾、予見可能性と回避可能性を連続して捉える見解、に分かれている。は通説の立場である²⁹⁾。すなわち、過失を予見と損害回避義務の二つの要素を含むものとするのが通説の立場である。このように、過失はその中に異なった二つの要素を包含するため、ある場合は違法性として、ある場合は有責性として、別々の視角から検討されることになる。ここにもまた、過失に関する議論が混迷を極める原因がある³⁰⁾。

3 違法と過失の意味上の重複および選択

今日では、過失は、主観的要件とされているものの、加害者の単なる心理状態ではなく、通常人の能力を基準として、予見可能性のある被害を回避すべき客観的な注意義務違反であると理解されている。他方、違法性については、客観的要件とされ、故意・過失とは別の要件であるとされながら、実際には加害行為の態様や行為者の故意・過失等の主観的要素が考慮されている。その結果、この両概念は内容的にも機能的にも相互に交錯することになる³¹⁾。そこで、両者を相互にどのように位置づけるかということが問題になっている³²⁾。両者の関係については、様々の議論がある。両要件の接近・交錯が指摘され、むしろ両要件は一つに統合すべきではないかとの主張(一元説)も有力になってきている³³⁾。

回避可能性に立脚しながら、過失の本質を客観的な行為義務違反とみる立場は、故意・過失と違法性を区別する通説への批判から出発する。ここではさらに、違法性を過失の中に取り込む説(新過失[過失一元]説)と、過失を有責性から開放された違法性に統一する説(新違法性[違法性一元]説)に分かれる³⁴⁾。

新過失説は、「権利侵害の要件を違法性におきかえ、違法性は被侵害利益と侵害行為の態容との相関関係によって決められるべきものとする通説の要件論は打破されるべきである。すでに考察したように、権利侵害との関連における違法性概念はその役割を終えて機能を失い、相関関係理論も現実には何らの理論的意味を有していない。709条の要件は過失が問題となる不法行為類型に関して言えば、過失行為、損害の発生、過失行為と損害との間の事実的因果関係という要素からなるものとして構成すれば足りる」³⁵⁾と主張する。これに対して、新違法性説は、「法は、社会生活に存在する社会的価値の中から、保護に価するものを抽出して、その侵害を禁止する……。そして、その法命令は、人間に向けられたものである以上、しかも、標準人を対象とする以上、この標準人の可能性が、注意の尺度であり、それが法によって命ぜられるとき注意義務となる。ゆえに、この注意義務に反するときは、法規範に反することになって、違法と判断される」と述べる³⁶⁾。

すでに検討した過失の構造からみると、予見可能性や注意義務などは、加害者個人の予見能力、注意レベルではなく、抽象的な通常人の為すべき注意をすることである。個人的なものから抽象され、法律上の義務に上昇した注意義務自体は、過失から違法性への表われではないかと思われる。また、結果回避義務に違反する行為はそもそも違法行為のことであるので、違法性の中に入れて検討すべきであると考えられる。

以上のような違法性と過失を統合する説(一元説)が見られたが、両者の接近・交錯を否定せず、両要件の区別を維持する新二元説も有力である。この説は、新過失論を評価しつつも、被侵害利益に関する違法性要件を維持すべきだと主張する³⁷⁾。沢井裕は、違法性という概念と有責性という概念の二元説を、そのまま現代にも生かすべきであるという考えである³⁸⁾。すな

わち、違法性というのは、行為の客観的法秩序違反性を問うものであり、かかる違法評価を受けた行為につき加害者に責任を問う有責性とは区別する、というわけである。違法性と過失との交錯という現象に対してどのように対処すべきかをめぐっては、さまざまな見解があったが、現在においても支配的な考え方が確立されているとはいえない状況である³⁹⁾。

国家賠償法における過失と違法性の統合

すでに検討したように、民法不法行為法の領域では、過失の客観化を認めざるをえない傾向にある。国賠法においても当然この傾向を反映せざるをえないにもかかわらず、若干の立遅れがみられる。故意過失と違法性の関連から、この「客観化」の問題をより深く検討しなければならない⁴⁰⁾。

1 過失責任主義の空洞化

国賠法1条1項は、公務員が故意又は過失によって他人に損害を加えたことを、国・公共団体の賠償責任の要件にしている。この点で、民法709条の一般の民事不法行為責任における場合と異なる。いわゆる過失責任主義をとっている。

故意・過失⁴¹⁾についての捉え方は、国の賠償責任の性質を代位責任とみるか自己責任とみるかによって異なる。代位責任説では、故意とは、公務員が公権力を行使する職務を執行するに当り、自己の行為によって違法な事実が発生することを認識しながら、あえてこれを行う場合をいい、過失とは、注意を欠いたため、これを認識しないで行う場合をいう⁴²⁾。自己責任説では、故意・過失とは、公務員個人の責任とは関わりのない、したがって、客観的に捉えられた、公務運営のある様相を指すものとして理解される⁴³⁾。確かに、国又は公共団体の賠償責任の成立要件として公務員の故意・過失を必要とするとはいっても、特定公務員の責任能力や主観的な認識状況によって過失の有無を判断したのでは、被害者の側からみて不公平であると言わざるをえない。客観的過失と捉える見解に対して、古崎慶長は、次のように主張している。すなわち、国又は公共団体の賠償責任の成立要件として、公務員の主観的責任要件としての公務員の故意・過失の存在することが必要であるとして、その理由として、1条の「公務員が、その職務を行うについて故意又は過失によつて」という文言を没却することはできないし、国賠法の母法で代位責任をとる旧西ドイツの職務責任法でも、公務員の故意・過失を、主観的責任要件と解釈していることを挙げている。公務員の故意・過失をもって、国又は公共団体に責任を帰属せしむべき公務運営の瑕疵を表現したものとするのは、文言からして困難であり、無過失賠償責任の導入は、立法によるしかない⁴⁴⁾、のである。

しかし、過失は歴史的に成立した概念であるから、今日から見て不合理であれば、それなり

に合理的な読み方をすることは許容されるべきで、過失の意義についてだけ立法者の意思にこだわる理由もない。この方向での解釈論的な努力が必要であるという反論が見られる⁴⁵⁾。

過失責任主義は、違法責任を立法政策的に制限するものとして理解されるべきである。ただ、この立法政策的制限は、社会通念によってその妥当性が評価されるものであるから、社会通念が変化すれば、これに対する改革の声が出てくることは避けられない。旧西ドイツにおける国家責任法の制定は、立法的改革の例であるが、立法的改革が困難である場合は、解釈論の展開によって実質的な改革が図られることになる。「過失の客観化」と呼ばれているものは、おおむね解釈論の展開によるものといってよい⁴⁶⁾。自己責任説が過失を客観的な公務運営上の瑕疵と理解するのは、その法的技法を提供する解釈論上の試みの一つであったと評されるべきであろう⁴⁷⁾。

2 過失の客観化

民法不法行為法の動向の影響を受けて、国賠法の領域でも、客観化された抽象的過失の考え方が当然反映されるべきである⁴⁸⁾。また、注意義務の程度が高く、しかも具体的過失ではなく抽象的過失である点において、過失の客観化、定型化が国家賠償においてより強いといえる⁴⁹⁾。国賠法の運用において公務員の個人的ないし主観的事情によって、被害者に救済が与えられたり拒まれたりするのとは、合理的でない。過失を加害公務員の主観的な事情から切り離し「公務運営の瑕疵」と解すること、国賠法の公正な運用のためには、法の文理上は多少無理があっても、過失の中身を客観化して解釈することが必要となる⁵⁰⁾。過失の客観化の傾向は、最近のほとんどの文献⁵¹⁾や裁判例⁵²⁾の中に見出される。概括的に過失の客観化と称されるが、具体的に、これには次のような類型がある。

(1) 過失の主体

過失の客観化は、過失の認定の単位（誰について過失を認定するか）についても行われている⁵³⁾。自己責任的構成からは、故意・過失は、職務義務違反に対する公務員個人の主観的認識のいかんに関するものではなく、もっぱら違法な国家作用の発生原因を客観的に評価し、国・公共団体の責任範囲を限定するための基準であり、国・公共団体に対する帰責事由としての公務運営における瑕疵の発生の客観的事情と解されることになる⁵⁴⁾。代位責任説に立っても、被害者が、国家賠償法1条で請求するとき、その公務員の氏名を示すことは必要でなく、その公務員の行使した公権力の帰属主体が、国か、その他の公共団体かを明確にすれば足りる⁵⁵⁾、と解されている。したがって、過失の有無の判断は、直接の加害公務員にとどまらず、当該職務の実施に携わったすべての公務員について、すなわち当該権限の行使に関する職務執行の体制全体について行われなければならない（いわゆる組織過失）⁵⁶⁾。言い換えれば、過失の主体としては、特定の公権力を行使した人だけではなく、不特定な加害公務員（所属団体）、組織および

国が考えられる。裁判例も、公務員の特定を必要としないとしている⁵⁷⁾。組織過失の理論を支持する裁判例もある⁵⁸⁾。

(2) 過失の判断基準（内容）

国賠法上、過失が主観的責任要件であるといっても、個々の公務員の個人的心理状態が問題になるわけではないことは、今日、ほとんど異論をみないといつてよいと思われる。過失とは、客観的な注意義務違反であるが、それは、損害発生についての予見可能性と回避可能性があった場合に認められる⁵⁹⁾。このような予見と回避義務を含んでいる注意義務の基準は、具体的に行動をした個々の公務員の個人的な能力水準ではなく、当該職務に従事する標準的・平均的な公務員の能力である⁶⁰⁾。過失について客観的・抽象的な注意基準が定められ、過失を公務運営の瑕疵の意味に解するものといつてよい。裁判例も同様の傾向にある⁶¹⁾。

(3) 過失の推定

損害賠償請求訴訟においては、原則として原告(被害者)が過失の存在を立証しなければならないが、現実にはこの立証は困難である。被害者が公務員の違法な公権力の行使によって損害が生じたことを立証すれば、公務員に過失があったことが一応推定され、被告国・公共団体側で無過失の反証をしない限り、不法行為責任を免れることができない、との考え方が説かれており、通説になっている⁶²⁾。客観的な要件（職務義務違反または違法性）から過失を推定することによって、過失の要件はフィクションとなる。すなわち、もっとも主観的な要件である過失が客観化され、違法性と統合して、違法性を立証すれば、過失の認定は不必要となる。過失の一応推定理論に対して、裁判例では、採用と否定に分かれている⁶³⁾。

3 過失と違法性の統合

伝統的には、違法性は客観的要件であり、過失は主観的要件であるとされていた。ところが、過失の客観化が進展するに伴い、違法性と過失の区別は必ずしも明確とはいえなくなってきた⁶⁴⁾。民法の不法行為法学では、違法性と過失の関係が種々論じられる。両者の区別を維持する見解のほか、違法性一元説とか過失一元説とかが唱えられ、「混迷」しているともいわれる。国家賠償においても、公権力概念が広がり、実質的には民法の不法行為の対象になる行為をも取り込んでいる今日、同様の混迷状態にある⁶⁵⁾といつてよい。

(1) 判例の動向

実務上も、違法と過失を不可分のものと考えて、過失の客観化がはかられてきた。通常の場合、違法が過失のいずれか一方を立証すれば、自然に他方が導き出されてくることになる⁶⁶⁾。

裁判例では、統合する傾向が顕著である。これらの判例は以下のように分けられる⁶⁷⁾。違法性から過失を推定しているもの⁶⁸⁾、過失から違法性を推定しているもの⁶⁹⁾、過失判断のみで違法性判断が脱落しているもの⁷⁰⁾、違法性判断のみで過失判断が脱落しているもの⁷¹⁾、である。一般に、違法性が明白であれば、過失があるということが出来る。裁量の濫用および範囲の逸脱があれば、これと同時に過失の存在が認められる。

また、違法性と過失とが重層的な要件であることが前提となっているが、さらに一歩進んで、違法性と過失とが択一的な要件として捉えられることがある。すなわち、過失又は違法性のいずれかがあれば、国・公共団体の責任が認められることがあるのである。過失のみが判断され、違法性が判断されない事件類型に、登記の過誤および学校事故がある。

さらに、裁判例では、違法性と過失が別個の判断に服するものがある⁷²⁾。この判例は、不許可処分により営業できないために生ずる損害の賠償請求により、行政処分の直接の法効果によって生じた損害が問題となっているため、処分取消訴訟における違法と同じものとして違法が捉えられたうえで、事実認定の誤りが必要な調査を怠ったという過失によるものであるかどうか判断されている。したがって、違法性と過失の相互関係は、具体的事例の類型に応じて異なってくるといわなくてはならないのである⁷³⁾。判例では、違法性と過失の区別が必ずしも明確ではない。

(2) 学説の動向と検討

そうした状況下、さまざまな見解がある。阿部泰隆の見解を引用しよう。「民法における違法と過失の関係の論争を想起すると、違法性一元説とか過失一元説とか、二元説とか、種々争いがあるが、それはともかくとして、そもそも国家賠償とは、法規に違反して権力を行使した結果生じた権利侵害に対して賠償する制度であるから、違法性に一元化すればよいと思う。今村成和の自己責任説は、過失を国家の役務作用の欠陥と解釈するので、それは違法性に接近し、こうした解釈の先駆者である。実際に、国家賠償の判例でも、違法性と過失の関係を厳密に考えていないものも多い。そうすると、賠償責任の有無は、誰に帰責原因があるかで決めるべきで、この観点から違法性と過失を統合して理解すべきである」⁷⁴⁾。この見解は統合論のうち違法一元説を採っている。宇賀克也は、「民法不法行為法の場合と異なり、国家賠償においては、違法性を統一的帰責事由とすることが理論的に望ましいと思われるので、過失一元論的判断における注意義務違反も違法性の問題として構成することが適切なのではないと思われる」⁷⁵⁾と述べる。この見解は、注意義務違反（過失）自体も違法性の問題になるので、帰責事由は違法性であることを主張している。芝池義一は、「違法性と過失が択一的な要件になっていることを前提とすると、違法・過失いずれとも解することのできる事態は違法と解することが、今後の法理の整理に資することになる。過失の態様として、法令解釈の過誤や事実認定の過誤があげられることがあるが、それら自体は違法であり、それを前提に、違法な行為を行ったこと

についての過失の有無が問われることになる」⁷⁶⁾と述べる。

しかし、統合論の動向にもかかわらず、違法性と過失の区別を維持しようとする見解がある。古崎は、国家賠償法が、過失責任主義をとる以上、国又は公共団体の賠償責任の成立要件として、公務員の主観的責任要件として公務員の故意・過失の存在することが必要であると主張する⁷⁷⁾。この見解は、伝統的に違法性と故意過失の両方とも欠くことができず、区別すべきというものである。藤田宙靖も、「行政活動の、私人の行為との基本的な違いは、それが『法律による行政の原理』という基本原則に服するものであるところにある、という視角が、国家賠償法をめぐる諸問題についても貫かれるべきであるとするならば、右のような意味で実質上過失と違法性の判断が重なることがあるとしても、それは、たまたま法律そのものが過失要件を違法性の要件の一環として定めているに過ぎないからだ、ということ、明確に認識しておかなければならないであろう。この意味においてすなわち不法行為的保護を与えるにふさわしい侵害があったか否かということのみを専ら問題とする民法不法行為論上の違法性と過失の統一的把握は、そのままの形でこれを国家賠償法の分野に持ち込むことは許されないものと言うべきである」⁷⁸⁾と述べる。西莚章も同じ見解を主張する⁷⁹⁾。

区別論について検討してみる。一見すれば、確かに論者は違法性と過失を区別すべきであると主張する。が、言葉遣いを見てみると、民法の違法性と過失の統合をそのまま国家賠償法の分野に持ち込むことができない、と述べる。ところが、そのまま持ち込むという学説や見解が見当たらない。裁判例において、両者が区別できない現状の下で、両者を区別せず判決を下すわけである。「法律による行政の原理」という基本原則に服するからこそ、本来の主観的な性質をもつ過失が抽象化、客観化され(過失=注意義務違反=違法性)、違法性と接近しつつ、変質したのである⁸⁰⁾。法律上、職務義務が客観的に明瞭でない場合には、違法性と故意過失を区別するのは難しく、区別の実益に乏しい⁸¹⁾。むしろ、過失の客観化の立場に立てば、違法性と過失を区別しようとしても、区別できなくなるという状態にある、といつてよい。自己責任説による場合には、過失を不要としやすいであろう。区別論の見解は、帰責要件として違法性と過失を区別する。そして違法性を重視すべきであるとしながら、厳密な法規違反を問えず、違法を追及できない場合でも、過失の要件を満たせば、責任を追及することができるという主張のように思われる。この見解は、統合論全体に対立するのではなく、前述した判例の統合類型(前頁の)の中、過失判断のみで違法性判断が脱落しているもの()を批判するという意味がある。遠藤博也は、「しかしながら、国家賠償責任は、基本的に民事不法行為責任に関する理論を基礎とするものとはいえ、独自の特殊性をもつ部分も相当にあるのであって、少なくとも現在の時点において、同法1条にもとづく責任について、違法性を問題としないわけにはいかないと思われる。それは数多くの判例において、国家賠償責任の要件として違法性が問題とされているという事実によってもうかがわれるところであろう」⁸²⁾と説いている。

統合論にしても、区別論にしても、表現の仕方が異なる部分があるが、違法性を重視する視

点は同じである。国・公共団体の活動の領域における違法性の観念には、私人間におけるそれとは異なる意味がある。そこでは、違法行為によって生じた損害について、故意・過失を要件とすることなく国・公共団体が責任を負うべき要請は、私人間における以上に強い。私見としては、国賠法の領域では、民法と違って、過失と違法性の統合については、違法一元説、過失一元説を選択するのではなく、違法性説（過失が吸収される）を採るべきであると考え。そうすれば、国家賠償の帰責事由は過失責任主義から違法責任⁸³⁾へと進展する道が開けることになる。

結びにかえて

中国の国賠法2条は、賠償責任の要件として「国家機関及びその職員が違法に職権を行使することによって公民、法人又はその他の組織の合法的權益を侵害して損害を生じさせた」ことを要件とする。これらの要件には、中国法と日本法の間類似のものが相当あるが、故意・過失の存在が要求されておらず、単に「違法」に職権行使とされている点で相違している。すなわち、代位責任説に立脚する過失責任主義を採用している日本法と異なり、中国法では自己責任説に立つ違法原則が採用されている⁸⁴⁾。過失責任原則を採用しなかった理由としては、応松年、馬懷徳らは次のように指摘している。「過失責任原則を主張する考え方は、一般民事上の権利侵害における賠償責任の理論をそのまま国家賠償に導入するものである。これは、人々になじみやすく、実際の運用にあたって、国家機関および国家公務員の責任を容易に明白にできる利点がある一方、国家賠償そのものの特質を無視する決定的な欠陥がある。すなわち、国家賠償は、国が賠償責任の主体であり、国家機関が、賠償の義務機関であるから、各賠償事件ごとに、一々責任主体の主観的要件を確定することは、明らかに賠償問題の解決が困難となるし、被害者が賠償請求権を行使して、賠償を受ける目的を達成する妨げにもなるからである」⁸⁵⁾。確かに、過失責任原則の欠点は、行為者の主観的意思に関わるものであり、判断の難しさと、実践において把握しにくいといった困難を抱えていることである。過失問題は不法行為法の核心的問題であると民法学者に一般に認識されているが、人の主観から過失の有無を決めることは国家賠償について、あまり適切ではないと考えられる。したがって、中国の場合は「違法」という要件に限定したのである、と述べる学者もいる⁸⁶⁾。この主張は日本の過失の客観化、違法性に一元化する動きと一致するものである。日本では、過失判断の前提とされた結果の予見可能性や結果の回避可能性そのものが過失判断の中核となり、そこから、過失の内容に関して結果予見義務なり結果回避義務といった法的注意義務が定立され、この法的注意義務の違反が過失と評価されることになる⁸⁷⁾。国賠法1条は、本来は主観的な事情に関わるものであるが、近年は客観的に捉えられるようになってきている。したがって、過失と違法は必ずしも次元を異にする観念ではなくなっているといえる。今日、多くの国の研究者も、過失責任の弊害に気付き、

「違法原則」がこれまでの故意・過失違法原則に取って変わる道を探り始めている。したがって、違法性の問題がますます重要な課題になる。

中国の国賠法は、一応表面的に「違法責任原則」という帰責原則を採ることになっているが、しかし、国家賠償法の明文上で、違法の概念が明確に規定されているわけではない。また、最高人民法院の司法解釈も出されていない。違法の意味をめぐって狭義の違法説（違法とは行為者の行為が法律の明文の規定と抵触することであるという）⁸⁸⁾と広義の違法説（違法とは単に行為者が法律の明文の規定に違反するだけでなく、法律原則や精神に反することをも含む）⁸⁹⁾がある。広義説の主張者は学者、教授であり、狭義説の主張者肖峒氏は全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室副主任である。学説があまり重視されていない中国においては、官僚の意見には立法解釈、実務に対する指導的権威があるといえるであろう。狭義説によれば、国家賠償制度の役割は大幅に縮減されることになる。しかし、中国の社会主義市場経済の発展に従い、法治建設が日増しに強まることによって、「権利が侵害されれば、必ず救済をもらえる」という古い法の原則に背くことが少なくなっていくであろう。

日本の場合には、違法性については、狭義説と広義説があるが、広義説が通説であり、判例も広義説に立っている。とりわけ、過失が客観化され、違法性と過失の統合によって、違法性の実質的判断が大幅に緩和されることになるとと思われる。比較法研究により、諸国の趨勢を把握し、自国法の参照に資することの意義がここにある。

<注>

- 1) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1938年）94頁～95頁。
- 2) 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1974年）7頁。
- 3) 森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）257頁参照。
- 4) 前田達明『不法行為法理論の展開』（成文堂、1984年）15頁参照。
- 5) 中国では、「国家賠償法」が施行される前は、国家賠償の争訟事案に民法を適用していた。中国の「民法通則」106条2項は過失を不法行為の責任要件として規定している。
- 6) 西楚章『国家賠償法』（青林書院、1997年）145、146頁参照。
- 7) 森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）159頁参照によると、法典調査会・民法議事速記録40巻144丁。
- 8) 中井美雄編『不法行為法（事務管理・不当利得）』現代民法講義6（法律文化社、1993年）120頁参照。
- 9) 以前の学説によれば、故意は、「自己の行為が他人の権利を侵害し、その他違法と評価せられる事実を生ずべきことを認識しながらあえてこれをなす心理状態」とであるとされる。加藤・前掲（注2）64頁。近時の学説においても故意を行為者の心理状態として捉えることに異論はない。故意は、権利侵害という結果の発生に向けられた目的意思であり、そこでは結果の発生（可能発生）を認識しながら、あえて権利侵害を行うこと（結果の認容）とされる。前田達明・『民法 2 不法行為法』（青林書院新社、1980年）25頁、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻）』（青林書院、1985年）300頁。
- 10) 中井編・前掲（注8）121頁。
- 11) 吉村良一『不法行為法』（有斐閣、1995年）58頁参照。
- 12) 吉村・前掲（注11）60頁。
- 13) 吉村・前掲（注11）61頁参照。
- 14) 中井編・前掲（注8）125頁。
- 15) 加藤・前掲（注2）64頁。

国家賠償法1条における違法性と過失の関係(郭)

- 16) 例えば、交通事故の場合には、運転者がとるべき交差点におけるいったん停止等の義務違反の有無で過失が判断され、また、公害においては、操業にともなう排出物の動植物や人体に対する影響についての調査研究義務や防止措置を講ずるべき義務の違反が過失だとされる。
- 17) 前田・前掲(注9)35頁。
- 18) 平井宜雄『債権各論 不法行為』(弘文堂、1996年)207頁。
- 19) 四宮・前掲(注9)303頁、森島・前掲(注3)196頁。
- 20) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」(『法学セミナー』296号)73頁の注6参照。また、この見解と違って、内田貴『民法 債権各論』(東京大学出版会、1997年)314頁は、「過失の判断基準として、当該行為者本人の能力を基準とする場合を具体的過失、平均的ないし合理的な行為者を基準とする場合を抽象的過失ということがある。主観的過失概念は、具体的過失と結びつくが、抽象的過失とは相容れない。他方、客観的過失概念は、抽象的過失と親和的であるが、過失判断の客観的基準を定めるにあたって、どの程度当該行為者の特性を考慮するかにより、具体的過失に近い判断基準にもなりうる」と述べている。
- 21) 沢井・前掲(注20)73頁。
- 22) 我妻・前掲(注1)105頁。
- 23) 前田・前掲(注9)36頁。
- 24) 吉村・前掲(注11)62頁。
- 25) 森島・前掲(注3)196頁。
- 26) 森島・前掲(注3)182頁。
- 27) 沢井裕『公害の私法的研究』(一粒社、1969年)170~172頁。
- 28) 大判大5・12・22民録22輯2474頁。大阪アルカリ事件大審院判決は、結果の発生を予見したかあるいは予見しうべきときであっても、結果回避のために相当の防止設備や最善の防止設備を講じた場合には過失がないとして、結果回避可能性説をとっている。
- 29) 前田・前掲(注9)34頁。前田教授は、「予見か回避かということであるが、結果の予見ということが問題となるのは、そのようなことが予見されれば、発生させないようにせよと命ぜられるのであって、結果の予見だけでは意味がないのであって、予見の後に、発生させないようにする義務を設定する方がより重要である」と主張する。平井教授も同じ趣旨で述べている。「『民法709条所定の過失とは、その終局において、結果回避義務の違反をいうのであり、かつ、具体的状況のもとにおいて、適正な回避措置を期待しうる前提として、予見義務に裏づけられた予見可能性の存在を必要とするものと解する』(東京地判昭53・8・3判時899号289頁)。現在の学説も、過失のこのような定式にほぼ賛成していると認むべきであり……過失の定義が現在の通説・判例の採用するところだと考えてよい」と。
- 30) 中井編・前掲(注8)127頁。
- 31) 過失の概念を検討したときに、「為スベキコト」「為シ得ベカラザル事」とは、法的なサンクションを前提としているから、当然、法的に為すべきことや為すべきでないことであり、すなわち、法的な作為不作為義務であり、それに違反することが過失と考えられていたわけである、という見解もある。前田・前掲(注9)29頁。以上の論述は、過失を説明しようとするよりまさに違法の概念を説明しているように思われる。
- 32) 森島・前掲(注3)246頁以下。
- 33) 吉村・前掲(注11)75頁。
- 34) 吉村・前掲(注11)76頁参照。
- 35) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1973年)419頁。
- 36) 前田達明『不法行為帰責論』(創文社、1978年)188頁。
- 37) 森島・前掲(注3)251頁。
- 38) 沢井・前掲(注20)90頁。
- 39) 手嶋豊「過失一元論」法律時報64巻9号36頁以下参照。
- 40) 下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房、1973年)178~179頁参照。
- 41) 現実には、もっぱら過失の存否が問題となっており、故意の存否が問題となることはきわめて少ない。西埜・前掲(注6)145頁参照。
- 42) 古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣、1974年)150頁。
- 43) 今村成和『国家補償法』(有斐閣、1964年)96頁。
- 44) 古崎・前掲(注42)150頁参照。
- 45) 阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣、1988年)343頁。
- 46) 西埜章『国家賠償責任と違法性』(一粒社、1987年)39頁。
- 47) 原田尚彦『行政法要論』全訂版(学陽書房、1985年)233頁。

- 48) 秋山義昭『国家補償法』(ぎょうせい、1985年)51頁参照。
- 49) 村重慶一『国家賠償研究ノート』(判例タイムズ社、1996年)170頁。
- 50) 原田尚彦『行政法要論』全訂第四版(学陽書房、1998年)262頁参照。
- 51) 下山・前掲(注40)178頁、芝池義一『行政救済法講義』第2版(有斐閣、2000年)214頁、村重慶一・宗宮英俊編『国家賠償訴訟の実務』(新日本法規、1993年)305~306頁など。
- 52) 最判昭和37・7・3民集16巻7号1408頁、最判昭和58・10・20判時1102号48頁など。
- 53) 芝池・前掲(注51)218頁。
- 54) 村重・前掲(注49)170頁参照。
- 55) 古崎・前掲(注42)137頁。
- 56) 芝池・前掲(注51)219頁。
- 57) 東京地判昭和34・3・17訟月5巻4号522頁、大阪地判昭和44・5・20判タ237号205頁、東京地判昭和45・5・6下民集21巻5=6号636頁、東京地判昭和48・3・29判時701号84頁など。
- 58) 大阪高判平成6・3・16判時1500号15頁。
- 59) 芝池・前掲(注51)221頁は、「民事不法行為上、過失の理解につき、予見可能性のみを挙げる説もある。この説によれば、危険が予見される場合には、他に回避手段がなければ、当該行為を停止すべきであるとされる。しかし、この考え方は、私人間では成り立つとしても、公益の実現のために行うことを要請されている行政活動については、必ずしも適切なものではない。損害の発生について回避手段がなかったのであれば不可抗力であり過失はなかったといわざるをえない。したがって、国家賠償法1条の過失は、予見可能性とともに回避可能性がある場合に認められると解される」と述べる。
- 60) 秋山・前掲(注48)51頁参照。
- 61) 最判昭和43・4・19訟月14巻7号765頁。
- 62) 西埜・前掲(注6)151頁参照。
- 63) 採用している判決として、東京高判昭和26・10・27下民集2巻10号1256頁、名古屋高金沢支判昭和32・10・9訟月3巻11号23頁など、否定しているものとして、東京高判昭和29・3・18高民集7巻2号220頁、東京高判昭和30・1・28行集6巻1号181頁などがある。
- 64) 西埜・前掲(注46)40頁。
- 65) 阿部・前掲(注45)169頁参照。
- 66) 村重・前掲(注49)174頁。
- 67) 西埜・前掲(注6)150頁。
- 68) 東京高判昭和45・8・1判例時報600号32頁。
- 69) 福岡地判昭和53・11・14判例時報910号33頁。
- 70) 東京高判平成4・12・18高民集45巻3号212頁。
- 71) 熊本地判昭和62・3・30訟月33巻11号2605頁。
- 72) 大阪高判昭和55・1・31判例時報964号64頁。
- 73) 遠藤博也『国家補償法』上(青林書院新社、1981年)188頁。また187頁では、「すでにみたように、違法性もまた損害賠償責任においては、損害填補の公平負担の見地から、被侵害法益の重大性、加害行為の態様、被害者側の事情などを総合的に判断した結果、行為者側に責任を負担させることを根拠づけるいみでの行為者側の手落ち手抜き、ないし、その行動の消極的評価をいみしていた。したがって、違法性の判断と故意過失の判断には、共通し相おおうところが少なくないのである」と説いている。これは、違法性と過失の判断が明確でなくなったという説明であるといつてよい。
- 74) 阿部・前掲(注45)342頁。
- 75) 宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、1988年)441頁。
- 76) 芝池・前掲(注51)225頁の注4。
- 77) 古崎・前掲(注42)152頁参照。しかし、同書153頁で、古崎は、以下のように述べる。「わたくしは、違法な結果の発生から、公務員に抽象化客観化された職務義務違反の行為のあったこと、すなわち公務員に故意・過失のあったことを推定する考え方が、過失責任主義をとる国家賠償法1条の解釈として正当であると考えます。」これは、過失は公務員の主観的なものであると主張すると同時に、過失の推定すなわち過失の客観化を認めることである。前後矛盾ではないかと思われる。
- 78) 藤田宙靖『行政法 総論』第四版(青林書院、2003年)511~512頁。512頁の注2から引用する「このような見地からすると、国家賠償法上の賠償責任の成否をめぐり、専ら過失の存否のみを問題とし、違法性の問題に全く触れないような判決は、仮に本文に見たような意味で過失の有無が違法性の有無と当然に結びつくようなケースであるとしても、国家賠償法1条の取扱い方としては、適当でない、ということになろう」と説いている。
- 79) 西埜・前掲(注46)41頁。

国家賠償法1条における違法性と過失の関係(郭)

- 80) 原田・前掲(注50)263頁。「このように、過失の意義が、具体の公務員の注意義務違反つまり『個人過失』の要素を離れ、行政機関の公務運営の瑕疵つまり『組織過失』ないし『制度過失』の意を包含するようになると、国賠法1条の責任は、もはや代位責任ではなく、その実質はすでに自己責任論そのものになっているといわざるをえない。国家賠償責任は、立法当初には予期できなかった、異質な責任に変質してきているのである。」
- 81) 芝池・前掲(注51)225頁。
- 82) 遠藤・前掲(注73)164頁。
- 83) 西埜・前掲(注46)29頁、宇賀・前掲(注75)442頁。
- 84) この問題については、拙稿「行政賠償を中心とした日中比較」(新潟大学『現代社会文化研究』22号、2001年)において検討した。
- 85) 応松年・馬懷徳(皇甫景山訳)「国家賠償についての立法の探索」(『亜細亜法学』28巻1号、1993年)146頁。そこでは、「違法原則は実質的には、客観的過失原則の基礎のうえに発展してきたものであり、両者は一脈あい通じ、ただ程度の面で違いがあるだけである」と説かれている。
- 86) 室井敬司「中国国家賠償法研究」・肖氏に『中国国家賠償の状況』を聞く」(『亜細亜法学』28巻1号、1993年)141頁。
- 87) 中井編・前掲(注8)24頁参照。
- 88) 肖峴『中華人民共和国国家賠償の理論と実用指南』(中国民主法制出版社、1994年)90頁。
- 89) 馬懷徳『国家賠償法の理論と実務』(中国法制出版社、1994年)102頁、応松年主編『国家賠償法研究』(法律出版社、1995年)84頁。

主指導教員(西埜 章教授)、副指導教員(國谷知史教授・中村哲也教授)